

A reforma das cautelares no Código de Processo Penal

Autora: Ana Paula Jorge

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP
Professora de Direito Penal e de Legislação Penal Especial

publicado em 19.12.2012



[enviar este artigo]



[imprimir]

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que foi publicada no Diário Oficial de 05 de maio de 2011 e entrou em vigor em 04 de julho de 2011 – *vacatio legis* de 60 dias –, altera 32 artigos do Código de Processo Penal, acrescenta um artigo e revoga três na integralidade e outros seis apenas parcialmente.

Mais que um estudo aprofundado dessas alterações, este trabalho destina-se a servir de guia, propiciando ao leitor uma visão geral e prévia da reforma trazida pela Lei nº 12.403/11.

A ementa aponta os principais objetivos da lei: alterar o Código de Processo Penal nos dispositivos relativos à prisão processual, à fiança, à liberdade provisória e às demais medidas cautelares, além de dar outras providências.

Didaticamente, considerando a relevância das alterações, pode-se dividir a reforma em duas partes.

Na primeira, colocam-se todas as previsões que eliminam resquícios deixados pela reforma processual penal de 2008 e outras praticamente sem uso.

São artigos que, embora constem (até 04 de julho de 2011) expressamente da lei processual, não mais têm aplicação, porque incompatíveis, após a reforma de 2008 e, em alguns casos, antes mesmo dela, com a Constituição Federal e com o espírito e o conteúdo do Código de Processo Penal. Buscando a adequação, são, em boa hora, alterados ou revogados.

Assim é que são eliminadas, por exemplo, as disposições quanto à prisão decorrente da decisão de pronúncia (art. 282, CPP, antes da alteração), quanto àquela resultante de decisão condenatória recorrível e quanto ao lançamento do nome do réu no rol dos culpados (art. 393, CPP), todas inaplicáveis por contrariarem o mandamento constitucional do art. 5º, LVII, da presunção de inocência, e o parágrafo único do art. 387, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, que estabelece que a imposição de prisão preventiva ou de qualquer outra medida cautelar deve sempre ser fundamentada.

Também é retirado, por revogação, o dispositivo do art. 595, CPP, que coloca a fuga do réu como impedimento ao recurso. Lembre-se que a limitação do art. 594, CPP, que impunha ao acusado, como condição para apelar, o seu recolhimento à prisão, foi eliminada em 2008.

Encerra-se a primeira parte deste texto com menção à prisão em caso de quebramento da fiança, que igualmente deixa de ser obrigatória, passando à subsidiariedade, conforme a nova redação do art. 343, CPP.

A segunda parte deste trabalho, que ora se inicia e à qual se dá maior destaque, é dedicada aos dois principais focos da reforma: a nova disciplina da prisão preventiva, que passa a admitir, inclusive, sua

substituição por prisão domiciliar, com reflexos sobre o instituto da fiança, e a criação de outras medidas cautelares.

As inovações da prisão preventiva

A subsidiariedade da prisão preventiva

Diante das novas disposições, a prisão preventiva passa a ser, expressamente, a *ultimo ratio* em matéria de medida cautelar:

“Art. 282 [...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso, decretar a prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

[...]

§ 6º A **prisão preventiva** será determinada **quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar** (art. 319).” (NR)

“Art. 312 [...]

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” (NR)

Com a criação de outras medidas cautelares, como o comparecimento em juízo, a proibição de frequentar certos lugares e de manter contato com determinadas pessoas, a internação provisória, a fiança e a monitoração eletrônica (que, ao que tudo indica, seguirá a Lei de Execução Penal, diploma que, em 2010, primeiro disciplinou a matéria, por meio da Lei nº 12.258/10), entre outras, a prisão preventiva só será admitida quando não for possível a aplicação de outra medida ou quando esta houver fracassado.

A necessidade de se converter a prisão em flagrante em prisão preventiva

Vinha se pacificando na doutrina a necessidade de se converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando, após analisados os requisitos desta última, se revelasse necessária a manutenção da privação da liberdade.

Tourinho Filho (2005, p. 442), antes da alteração, alertava que,

“Se a prisão-captura é um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesto é seu caráter administrativo. Entretanto, depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar em uma verdadeira medida cautelar. Analisa-se, então, **a fumaça do bom Direito**, ou probabilidade de condenação, bem como a existência do *periculum in mora* (*rectius: periculum libertatis*).”

Pode-se dizer que a conversão referida já vinha sendo aplicada na prática, ainda que a lei não fosse explícita. Ocorre que agora, ou seja, desde 04 de julho de 2011, há a exigência (explícita) de que o juiz converta a prisão em flagrante em prisão preventiva, com a devida fundamentação e apontando como motivos da manutenção da segregação cautelar os constantes no art. 312, CPP, sempre se atentando para o caráter subsidiário da medida.

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR) (grifo nosso)

A comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público

É direito do preso, de ordem constitucional, a imediata comunicação de sua prisão ao juiz competente, à sua família ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, CF/88).

A norma processual, ampliando a tutela constitucional, impõe agora que a prisão seja também comunicada imediatamente ao Ministério Público, que, como titular da ação penal, nas ações penais públicas, e fiscal da lei, nas ações privadas, deverá, assim como o juiz, apurar a legalidade do flagrante.

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

As consequências da falta de tal comunicação serão definidas pela jurisprudência e pela doutrina. É bem provável que tomem o mesmo rumo das advindas da ausência de comunicação da prisão ao juiz, o da invalidade do flagrante, em que pesem as opiniões em contrário, como a de Tourinho Filho (2005, p. 468), para quem “[...] a consequência da ausência ou tardia comunicação consistirá apenas em se promover a responsabilidade da autoridade omissa ou retardatária”.

A possibilidade de o assistente de acusação requerer a prisão preventiva

O assistente de acusação, que não possuía legitimidade para requerer a prisão preventiva do réu, passou a constar do rol dos legitimados do art. 311, CPP.

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

A prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva

A prisão domiciliar, novidade inserida no art. 317, CPP, não veio à norma processual com natureza jurídica de cautelar autônoma, mas, sim, para substituir, em alguns casos, a prisão preventiva. Não se deve confundi-la com a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, prevista no art. 319, V, CPP, que é autônoma e terá prevalência sobre a prisão domiciliar, dado, repita-se, o caráter subsidiário desta última.

Portanto, apenas se admitirá a prisão domiciliar nos casos em que admitida a preventiva e, mais que isso, tão somente depois de decretada a segregação cautelar principal. O beneficiado deverá recolher-se à sua residência e somente mediante autorização judicial poderá dela ausentar-se.

“Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (NR)

A medida alternativa à prisão provisória cumprida em estabelecimento prisional revela estreitas semelhanças às disposições da Lei de Execução Penal, na qual a chamada prisão albergue domiciliar é aplicada como forma alternativa de recolhimento em regime aberto, nos casos taxativamente expressos no art. 117 da referida lei.

A lei processual, entretanto, mostra-se mais rigorosa que a LEP. Vale aqui compará-las em forma de tabela, para melhor visualização:

REQUISITOS	CPP	LEP
Idade	maior de 80 anos	maior de 70 anos
Saúde	extremamente debilitado por motivo de doença grave	acometido de doença grave
Filho ou pessoa sob cuidado	imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência	filho menor ou deficiente físico ou mental
Gestante	a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco	Basta ser gestante

Mencione-se que a taxatividade da LEP vem sendo mitigada pelos tribunais, em casos reconhecidos como de clara ofensa à dignidade humana. O tempo dirá se o mesmo ocorrerá com a prisão alternativa do CPP.

Resumo das demais alterações

Outras tantas alterações fazem parte da nova lei, às quais se faz, na sequência, uma breve e resumida referência.

A imposição, como regra, do contraditório, antes da imposição de medida cautelar

Exceto em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária. É o teor da nova redação do § 3º do art. 282, CPP.

O banco de dados do CNJ para registro de mandados de prisão

O dispositivo ocupa o novo art. 289-A, CPP, e depende de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, que deverá criar um banco de dados no

qual se registrarão todos os mandados de prisão do país, para, por óbvio, facilitar a prisão de procurados, onde quer que sejam encontrados.

Algumas das alterações que sofreu o instituto da fiança

Amplia-se o poder de conceder fiança da autoridade policial, podendo, agora, fazê-lo nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos (nova redação do art. 322, CPP).

A vadiagem, em boa hora, não é mais circunstância proibitiva da concessão da fiança. O mesmo se diga em relação aos crimes que provoquem clamor público e ao fato de o réu estar no gozo de suspensão condicional do processo ou de livramento condicional, partes de dispositivos revogados pela nova lei.

A fiança pode alcançar valores milionários: poderá a autoridade policial fixá-la em até 100 (cem) salários mínimos, e o juiz, em até 200 (duzentos). Em ambos os casos, a condição econômica do réu pode levá-la a um aumento de até 1000 (mil) vezes. Em valores de maio de 2011 quando este artigo foi produzido, isso representava R\$ 109.000.000,00 (cento e nove milhões de reais).

Também deixam de vigorar os requisitos especiais para a concessão da fiança a acusados de crimes contra a economia popular.

Por fim, a inafiançabilidade de alguns crimes, prevista constitucionalmente, vem inserida pela reforma no texto processual. São apenas algumas das alterações que afetam o instituto da fiança, valendo lembrar que a impossibilidade de sua concessão não obsta, por si só, a concessão da liberdade provisória sem fiança, conforme preceitua o art. 310, III, CPP.

A prisão especial do jurado

A nova redação dada ao art. 439, CPP, deixou de referir-se à prisão especial, até o trânsito em julgado, como direito de todo jurado. Tal disposição, contudo, ao que parece, não deve significar a exclusão da benesse aos juízes leigos, haja vista que o art. 295, X, CPP, que igualmente disciplina a questão, manteve-se imune à reforma.

Outras modificações

A prisão administrativa não mais é tratada, nem sequer citada, pelo Código de Processo Penal. E curiosa foi a substituição, em vários dispositivos, do termo **réu** por **acusado** – aliás, em todo o texto da nova lei, o termo **réu** é utilizado apenas uma vez. Por fim, em lugar de **telegrama e via telefônica**, o legislador inseriu no novo texto a expressão **qualquer meio de comunicação**, buscando, sem dúvida, por meio da generalidade da expressão, a adequação da lei à rápida evolução dos meios de comunicação.

Eis apenas uma visão geral da lei que vem alterar o Código de Processo Penal, que, repita-se, entrou em vigor em 04 de julho de 2011.

Bibliografia

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 maio 2011.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 maio 2011.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 maio 2011.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do Processo Penal. 5. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JORGE, Ana Paula; NICOLA, Rafaela Mariane. Processo penal: evolução histórica e breve análise das garantias, poderes e deveres das partes e do juiz. **Revista Jurídica da Unitoledo/Araçatuba** (no prelo).

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed., ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. III.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

JORGE, Ana Paula. A REFORMA DAS CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Ana_Jorge.html > Acesso em: 11 jan. 2013.